

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Νοεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 1697/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1341/04-11-2019 της ετερόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο Δήμο ....., επί της προέκτασης οδού ....., αρ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων» ή «.....»).

Κατά του Δήμου ....., που εδρεύει στον ....., επί της οδού ....., αρ. .... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος») και κατά της με αριθμό 271/2019 Απογασής της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, με την οποία εγκρίνεται η με αρ. 40301/18-10-2019 Εισήγηση της Επιτροπής του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που ο Δήμος διενεργεί με τίτλο «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου ..... και των Νομικών Προσώπων» και κηρύσσεται οριστικός ανάδοχος, για τους συστημικούς αριθμούς ..... και ..... του διαγωνισμού, η εταιρεία «.....», αποκλειστικά κατά το μέρος, με το οποίο γίνεται δεκτή η πληρότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας «.....», η οποία αναδεικνύεται ως οριστικός ανάδοχος για τις Ομάδες Δ' και Ε' της υπό κρίση σύμβασης, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

## **Αριθμός απόφασης: Α 523 / 2019**

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. 1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 2.089,00 € (με κωδικό ηλεκτρονικού .....), που έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας των Ομάδων Δ' και Ε' στο πλαίσιο των οποίων ασκείται η υπό κρίση προσφυγή (417.765,35€ άνευ Φ.Π.Α.).

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλομένη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 24-10-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η δε προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 04-11-2019, ήτοι επομένως την πρώτη εργάσιμη ημέρα μετά το πέρας της προβλεπόμενης κατά νόμο δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλομένης (03-11-2019), που όμως ήταν ημέρα Κυριακή, δηλαδή εξαιρέσιμη.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 1.291.804,20 €, πλέον Φ.Π.Α. 24%. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης (02/04/2019) στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως και την καθ' ύλην

## **Αριθμός απόφασης: Α 523 / 2019**

αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει τροποποιημένο.

5. Επειδή με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα προβάλλει τα εξής: Α) σε σχέση με την Ομάδα Ε' του διαγωνισμού (συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: .....), ότι για τον προμηθευτή της «.....», η εταιρεία ..... δεν προσκομίζει πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP (απ. 487/21-9-2000 ΚΥΑ) για τους χώρους παραγωγής, επεξεργασίας και εμπορίας των χορηγούμενων ειδών (αποθήκευσης και διακίνησης) από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης, όπως ρητά απαιτείται από τη διακήρυξη στο άρθρο 2.2.5 (σελ.23), καίτοι στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης αναφέρεται ότι το εν λόγω πιστοποιητικό έχει κατατεθεί. Την ως άνω παράλειψη του οριστικού αναδόχου για την προσκόμιση του πιστοποιητικού ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP, που αφορά στον προμηθευτή του, άλλωστε ουσιαστικά συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στην στην προσφυγή παρατιθέμενη αλληλογραφία, η αιτιολογία δε της αναθέτουσας αρχής ότι δεν καθίσταται αναγκαία η υποβολή του ως άνω δικαιολογητικού, καθώς, κατά την πεποίθησή της έχει εμφιλοχωρήσει σφάλμα στο κείμενο της διακήρυξης αλλά και διότι οι συγκεκριμένες πιστοποιήσεις δεν εκδίδονται κατά την τελευταία δεκαετία καθίσταται νόμω και ουσία αβάσιμη. Τούτο, διότι αφενός κατά το παρόν στάδιο, οποιαδήποτε διαφορετική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης συνεπάγεται την παραβίαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, δεδομένου ότι οι οικονομικοί φορείς που συμμετείχαν στην διαδικασία δεν πληροφορήθηκαν την ως άνω διαφοροποίηση, η οποία δεν προκύπτει από τους όρους της διακήρυξης, αφετέρου, το πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP εξακολουθεί να εκδίδεται μέχρι σήμερα ακόμη, όπως σαφώς αποδεικνύεται από την αλληλογραφία της προσφεύγουσας με τον φορέα ....., αλλά και τις δημοσιεύσεις που υπάρχουν στην ιστοσελίδα του ίδιου

### **Αριθμός απόφασης: Α 523 / 2019**

φορέα στο διαδίκτυο. Β) σε σχέση τόσο με την Ομάδα Ε' όσο και με την Ομάδα Δ' του διαγωνισμού (συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: .....), ότι για την απόδειξη μη συνδρομής στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 (6) της διακήρυξης, η εταιρεία ..... προσκομίζει πιστοποιητικό μη θέσεως σε αναγκαστική διαχείριση, εκδοθέν από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, στο οποίο βεβαιώνεται η αδυναμία βεβαίωσης της συγκεκριμένης κατάστασης, καθώς και ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας, προκειμένου να πληρωθεί ο όρος της 2.2.6.2 της διακήρυξης. Ωστόσο από την απλή επισκόπηση των δυο εγγράφων διαπιστώνεται αδιαμφισβήτητα ότι η ημερομηνία έκδοσης της ένορκης βεβαίωσης προηγείται της **χορήγησης** του πιστοποιητικού της αρμόδιας αρχής. Τούτο έρχεται σε αντίθεση με τις ρυθμίσεις που εισάγονται από τη ρητή γραμματική διατύπωση των όρων 2.2.3.4. και 2.2.6.2. της διακήρυξης, από το περιεχόμενο των οποίων προκύπτει ότι προηγείται η έκδοση βεβαίωσης του αρμόδιου φορέα και ακολουθεί η χορήγηση της ένορκης βεβαίωσης. Η ως άνω χρονική αλληλουχία εξάλλου συνάδει με τις διατάξεις του νόμου αλλά και της διακήρυξης, όπου ρητώς καθορίζεται ότι η ένορκη βεβαίωση χορηγείται μόνο στην περίπτωση που από πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής βεβαιώνεται ότι δεν εκδίδεται έγγραφο, το οποίο πιστοποιεί την μη θέση σε εκκαθάριση του νομικού προσώπου. Ενόψει των ανωτέρω, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», προκειμένου να αποδείξει την μη θέση του νομικού προσώπου σε αναγκαστική εκκαθάριση παρίστανται πλημμελή, καθώς η έκδοση της ένορκης βεβαίωσης προηγείται χρονικά της βεβαίωσης της αρμόδιας αρχής περί μη έκδοσης του υπό κρίση πιστοποιητικού. Ως εκ τούτου, τα εν λόγω έγγραφα δεν έπρεπε να ληφθούν υπόψη από την Αναθέτουσα Αρχή, που θα έπρεπε να απορρίψει την προσφορά του αναδόχου. Η αντίθετη κρίση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία γίνονται αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατ' επέκταση η προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα για τις Ομάδες Δ' και Ε7 της

### **Αριθμός απόφασης: Α 523 / 2019**

διακήρυξης παρίσταται μη νόμιμη, παραβιάζουσα ουσιαστικές διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης.

6. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στο διαγωνισμό, υπέβαλε προσφορά που έγινε αποδεκτή και είχε αναδειχθεί δεύτερη κατά τη σειρά μειοδοσίας στην ομάδα του διαγωνισμού Δ', τρίτη δε στην ομάδα του διαγωνισμού Ε'. Επικαλούμενη ότι η προσφορά της δεύτερης κατά τη σειρά μειοδοσίας της ομάδας Ε' εταιρείας «.....» είναι απαράδεκτη και απορριπτέα και στο παρόν στάδιο, δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, διότι δεν είχε δικαίωμα συμμετοχής στην επίμαχη ομάδα (δεν αποδεικνύεται ότι μεταξύ των σκοπών του νομικού προσώπου περιλαμβάνεται το εμπόριο ειδών οικιακής χρήσης - πλαστικά είδη, επιπλέον, από την κατατεθείσα εκτύπωση εκ του taxisnet προκύπτει ότι ο ίδιος ως άνω οικονομικός φορέας δεν έχει ανοικτό στην φορολογική αρχή ΚΑΔ για την υπό κρίση δραστηριότητα), πλημμέλεια που δεν δύναται να θεραπευθεί στο παρόν στάδιο, ισχυρίζεται ότι θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και για τις δύο ομάδες του διαγωνισμού. Επικουρικώς, η προσφεύγουσα επικαλείται ελλείψεις δικαιολογητικών κατακύρωσης της ..... σε άλλες ομάδες του διαγωνισμού, που καθιστούν την προσφορά του απορριπτέα.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το με πρωτ. 44120/13-11-2019 έγγραφο της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κοινοποιεί τις απόψεις της επί της εξεταζόμενης προσφυγής.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο στον διαγωνισμό, καθώς μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, θα απομένει η εγκριτική απόφαση του σταδίου αυτού να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση. Δοθέντος ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οριστική υπογραφή της

### **Αριθμός απόφασης: Α 523 / 2019**

σύμβασης για τις επίμαχες ομάδες Δ' και Ε' δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017).

9. Επειδή, συνεπώς, δεν υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη του αναθέτοντος φορέα μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της. Συνακόλουθα, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού (πρβλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018), το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, για τις επίμαχες ομάδες, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, θα πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εξάλλου, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, δεν διαλαμβάνεται, ωστόσο, οριστική κρίση ούτε επί του παραδεκτού ούτε επί του βασίμου αυτής, γιατί η εξέταση των νομικών και πραγματικών ισχυρισμών της υπό κρίση διαφοράς δεν είναι δυνατόν πλήρως να λάβει χώρα στα στενά χρονικά πλαίσια, εντός των οποίων απαιτείται να εκδοθεί απόφαση επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα εκφραστεί κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης για τις επίμαχες ομάδες Δ' και Ε' του διαγωνισμού, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της

**Αριθμός απόφασης: Α 523 / 2019**

προσφυγής, κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 14 Νοεμβρίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνστανίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Τζέιμου Γιάννακα**